Der Unterschied

zwischen civilen und naturalen

Eigenthumserwerbsarten

im klassischen römischen Rechte.

Inaugural-Dissertation

verfasst und der

rechts- und staatswissenschaftlichen Facultät der Universität Würzburg

zur

Erlangung der Doctorwürde

vorgelegt von

Isaac Stern,
Rechtspraktikant.

Würzburg.
Druck von J. M. Richter's Buchdruckerei.
1881.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549807_0203

MEINEM LIEBEN FREUNDE

SIGMUND HELD

IN TREUE GEWIDMET.

§ 1. Literatur.

Wie in so manchen Fragen aus der Geschichte des römischen Rechts, so bilden auch in der hier zu behandelnden Controverse über das wahre Wesen des Unterschieds zwischen civilen und naturalen Eigenthumserwerbsarten Gustav Hugo's römische Rechtsgeschichte und die Entdeckung der Institutionen des Gajus bedeutsame Wendepunkte. Die schriftstellerische Bearbeitung unserer Frage vor Hugo, so schätzbar sie für den dogmen-geschichtlichen Aufbau auch sein mag, ist vom heutigen Standpunkte in der geschichtlichen Erforschung des römischen Rechts aus nicht besonders verwerthbar; es mangelt den Arbeiten jener Zeit der historisch-kritische Sinn, wobei aber auch als entschuldigendes Moment die Dürftigkeit der Quellenzeugnisse für das vorjustinianische Recht zur Seite steht.

Eine bemerkenswerthe Erscheinung ist die Schrift Conradi's: De veris mancipi et nec mancipi rerum differentiis: Helmstädt 1739; dieser verknüpft den zwischen den Eigenthumserwerbsarten bestehenden Unterschied enge mit einem seiner Ansicht nach allgemeineren Prinzipe des römischen Sachenrechts, der durchgängigen Bevorzugung der mancipi res; nur diese sollten mit Hülfe der ihnen allein eigenen civilen Erwerbsarten des vollen quiritarischen dominium theilhaftig geworden sein, nec mancipi res dagegen, für welche die naturalen Erwerbsarten die juristische Führerstelle versahen, in der vorprätorischen Zeit Gegenstand eines nur passiv sich äussernden Eigenthumsrechts gewesen sein, dem die active Seite — das Vindicationsrecht — völlig abging, in der prä-

torischen Zeit im sog. bonitarischen Eigenthum (in bonis esse) activen Rechtsschutz gewonnen haben.

Die Ansicht Conradi's blieb in fast unbestrittener Herrschaft bis zu Hugo; zwar hatten schon Meermann und Treckell sie bekämpft, die Treckell'sche Abhandlung jedoch, eine Recension der Conradi'schen Schrift in den Hamburger gelehrten Anzeigen (vgl. Hugo's civilistisches Magazin: Bd. II. Ste. 57 flg.), nach Hugo's Zeugniss eine schätzbare Arbeit, gewann keine Verbreitung und so ist diesem letzteren, der in seinem Magazin am vorerwähnten Orte die Priorität Treckells gerne anerkannte, aber auch seine völlige Unabhängigkeit von demselben betonte, auch hier das Verdienst zuzuerkennen, eine richtigere Bahn eingeschlagen zu haben, die wenn auch nach unserem Ermessen nicht zu befriedigenden Endzielen führend, doch den Quellenzeugnissen ungleich näher stand als die ersterwähnte Auffassung.

Die Hugo'sche Lehre (Rechtsgeschichte: 11 Auflage 1832, Ste. 196 flg., 526 flg., 922 flg.) geht unter voller Verdrängung der Sacheintheilung in mancipi und nec mancipi res aus ihrer seitherigen dominirenden Stellung in unsrerer Frage, unter Zuhülfenahme des in seiner juristischen Natur, wenn auch nicht seiner materiellen Bedeutung nach noch heute so bestrittenen Instituts des in bonis von einem der Doppelnatur der Acquisitionsarten völlig correspondirenden Doppelbegriff des dominium im klassischen Rechte aus; die zwei Arten, Eigenthum zu erwerben und Eigenthum zu haben, entsprechen sich vollkommen; so verlieh in der älteren vorprätorischen Zeit ein modus acquirendi dominii naturalis nur geschützten Besitz, späterhin mit Hülfe der prätorischen Rechtspflege auch eine Klage gegen dritte Besitzer; ein modus acquirendi dominii civilis das volle dominium ex jure Quiritium; nur für die traditio in ihrer Anwendung auf nec mancipi res und die Accessionsfälle wurden Ausnahmen zugestanden.

Der erste, der Hugo hierin entgegentrat, war Th. W. Zachariä in seiner Dissertation: Conjecturae de rebus mancipi et nec mancipi. Lips. 1807 (vgl. die Recension Hugo's in den Göttingen gelehrten Anzeigen: Jahrg. 1807 Ste. 1485 flg.), der auch für den nur des naturalen Weges sich Bedienenden das civile Ziel in Aussicht stellte; nach der Entdeckung der Institutionen des Gajus fand diese Ansicht immer mehr Anhänger.

Doch auch die Eintheilung in mancipi und nec mancipi res wird wieder mit unserer Frage in Berührung gebracht; eine Gruppe von Schriftstellern leugnet zwar nicht, dass quiritarisches Eigenthum an nec mancipi res möglich gewesen sei, doch lassen sie mit den sofort zu erwähnenden Unterscheidungen für mancipi res nur civile Erwerbsarten genügen, bei nec mancipi res gestatten sie auch den naturalen die Wirkung quiritarischen Eigenthums; Gans in seinen „Scholien zu Gajus" Ste. 234 flg. macht keine Ausnahme von diesem seinem Principe und legt ihm in der ihm eigenthümlichen, apodiktischen Weise bis zu Justinian hin volle Geltung bei; Manhayn dagegen in seiner Schrift: „Ueber die Bedeutung und den Ursprung der res mancipi und nec mancipi im alten römischen Recht, Frankfurt am Main 1824" Ste. 36 flg. vindicirt den civilen Erwerbsarten diese Alleinwirksamkeit bei mancipi res nur für die ältesten Zeiten, der dritte hierher zu zählende Schriftsteller, Ballhorn-Rosen „Ueber dominium, juristisch-philologische Studien, Lemgo 1822" Ste. 124 flg. lässt in consequenter Durchführung seines Grundgedankens, dass bis in die spätesten Zeiten der Republik hinein alle Sachen die Qualität von nur mittelst civiler Erwerbsarten zu erlangenden res mancipi gehabt haben, erst von Cicero an sich Spuren einer Differenzirung in mancipi und nec mancipi res zeigen, für die Kaiserzeiten bis zu Justinian hin naturale Er-

werbsarten nur bei nec mancipi res zur Begründung des dominium legitimum gelten.

In neuester Zeit haben sich zwei bedeutende Civilisten: Arndts in Grünhuts Zeitschrift für das private und öffentliche Recht der Gegenwart: Jahrgang I. 1874, Ste. 777 flg. (bei Gelegenheit der Recension von Bruns: Besitzesklagen des römischen und heutigen Rechts) und Brinz: Zum Rechte der bonae fidei possessio in den Festgaben der Münchener Juristenfacultät zum Doctorjubiläum von Arndts: 1875 Ste. 135 fl. wieder der alten vorhugo'schen Theorie zugeneigt. Arndts stützt auf das der Besitzesschutztheorie von Bruns zu Grunde gelegte fr. 1 § 1 D.: de acquir. vel amitt poss: „Dominium rerum ex naturali possessione coepisse" den Satz, dass im Rechte der Völker der Rechtsschutz lange nur mehr den Character des Besitzesschutzes gehabt habe, ehe sich das Wesen des Eigenthums in der im römischen Rechte ausgeprägten absoluten Gestalt gebildet hatte; „auch neben dem quiritischen Eigenthum des alten Rechts gab es vielleicht an res nec mancipi und in Folge blos naturaler Erwerbsarten ursprünglich nur ein der possessio nahestehendes dominium juris gentium, auf welches die Vindication mit legis actio sacramento nicht anwendbar war."

Brinz sucht nach einem verwandten Rechtsinstitute für seine eigenthumsartige, bonitarische bonae fidei possessio vor Aufstellung der diese schützenden Actionen und findet ein solches in dem Eigenthum, das an nec mancipi res durch naturale Erwerbsacte erworben wurde vor der Gewährung der Publiciana; die Möglichkeit eines Vindicationsschutzes an dieser Sachenkategorie vor der Publiciana erscheint ihm überhaupt undenkbar (vgl. über ähnliche Auffassungen Bechmann: Der Kauf: 1 Abth. 1876 Ste. 152 Anmerkung 1).

Die Ansicht Hugo's von dem Unterschiede zwischen civilen und naturalen Eigenthumserwerbsarten ratione effectus

wird vertreten von folgenden Schriftstellern: Schweppe: Rechtsgeschichte § 268 N. 3; Puchta in Schunck's Erlanger juristischen Jahrbüchern, Bd. IV. Ste. 135 flg. und Cursus der Institutionen, Krüger'sche Ausgabe § 236, II. Ste. 183 flg.; Mayer in der Tübinger juristischen Zeitschrift, Bd. IV. Ste. 68 flg. und in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, Bd. VIII.: „Ueber duplex dominium" Ste. 1 flg.; von Scheurl: Num juris gentium ac quisitionibus dominium civile Romanorum effectum sit: dissertatio Erlang. 1836; Sell: Römische Lehre der dinglichen Rechte: Ste. 49; Böcking: Pandekten, Bd. II. § 135 Ste. 13 flg. Der traditio nec mancipi rerum und den Accessionsfällen gestehen alle genannten Schriftsteller die Wirkung quiritarischen Eigenthums zu; Mayer allein macht noch einige weitergehenden Ausnahmen.

Die gegenüberstehende Ansicht, welche — abgesehen von der Eigenthümlichkeit der Alienationsform bei mancipi res — aus naturnalen Erwerbsarten volles römisches Eigenthum hervorgehen lässt, ist die entschieden verbreitetere; als ihre Vertreter sind zu nennen: Zachariä in der oben angeführten Dissertation; Dernburg: Beiträge zur Geschichte der römischen Testamente, Bonn 1821 Ste. 155 flg.; Unterholzner im Rhein. Museum f. Jurisprudenz, Jahrg. I. Ste. 129—145: „Ueber die verschiedenen Arten des Eigenthums"; Jahrg. V. Ste. 1 flg.: „Zur Lehre vom sog. bonitarischen Eigenthum"; „Entwicklung der gesammten Verjährungslehre" Bd. I. §§ 101, 114, 117; Ribbentropp in den Göttinger gelehrten Anzeigen, Jahrg. 1828, Ste. 828, — Recension der Unterholzner'schen Abhandlung in Bd. I. Rhein. Mus. —; Zimmern im Rhein. Mus. Bd. III. Ste. 311 flg.: „Ueber das Wesen des sog. bonitarischen Eigenthums"; Schilling: Bemerkungen zur römischen Rechtsgeschichte, Leipzig 1829, Ste. 58 flg.; Bluntschli in den Sell'schen Jahrbüchern: Bd. I. Ste. 308 flg.; Leist: Die bonorum possessio, Bd. I. Ste. 241 flg. (vgl. auch denselben:

Natur des Eigenthums, besonders Ste. 103 Anm. 8); Ferd. Walter: Geschichte des röm. Rechts (2. Auflage), Theil II. Ste. 172 flg.; Muther: Sequestration und Arrest (1856) Ste. 392 flg.; Pagenstecher: Die römische Lehre vom Eigenthum in ihrer heutigen Anwendbarkeit; 1857—59: Abtheilung II. Ste. 8 flg.; Bechmann: Der Kauf I. Ste. 305 flg.; Padeletti: Römische Rechtsgeschichte, deutsch von Holtzendorff 1879.

Was zunächst die Hereinziehung des Sachunterschiedes zwischen mancipi und nec mancipi res in unsere Frage betrifft, so lässt sich vom praktischen Gesichtspunkte aus kaum begreifen, wie gerade an den Sachen, welche überwiegend die Verkehrsobjecte bildeten, ursprünglich das rein factische Verhältniss, das eine Anzahl Rechtshistoriker für die vorprätorische Zeit daran annehmen, genügt haben kann. Dem neuerdings mehr und mehr hervorgehobenen ökonomisch-politischen Momente in jener Scheidung hat Bechmann (a. a. O. Ste. 144 flg.) den richtigen Ausdruck gegeben, wenn er „das stehende Kapital eines selbstwirthschaftenden römischen Bauern“ solchen Gegenständen gegenüberstellt, „die nur in zufälliger wechselnder Weise für das augenblickliche Bedürfniss oder zur Befriedigung individueller Neigungen angeschafft und unterhalten werden“. Dieses wirthschaftliche Moment äussert sich juristisch in der eigenthümlich verschiedenen Gestaltung der Veräusserungsformen, wofür sich ja auch deutschrechtliche Analogieen genug bieten. (Vgl. gegen Gans Puggé im Rhein. Museum Bd. II. Ste. 292 flg., gegen Ballhorn-Rosen's Annahme einer späten Unterscheidung zwischen mancipi und nec mancipi res, — erst zu Cicero's Zeit, Unterholzner Rhein Mus. Bd. I. Ste. 137 Anm. 9 und über die Zeit der Differenzirung überhaupt die Untersuchungen von Voigt: Jus naturale Bd. IV. Ste. 561 flg.)

Positiven Beweis für die Möglichkeit quiritarischen Eigenthums an nec mancipi res liefert das Vorkommen der nur quiritarisches Eigenthum gewährenden usucapio unterschiedslos

bei beiden Sachkategorien (Ulpian: Tit. XIX. § 8) sowie das Vorkommen des Vindicationslegats an res, quae pondere, numero vel mensura constant.

Es stehen sich demnach für uns nur mehr die Ansicht Hugo's von dem Unterschiede der Erwerbsarten ratione effectus und diejenige entgegen, welche in der Aufstellung dieses Gegensatzes ein Streben der römischen Juristen nach rechtsphilosophischer Distinction erblickt.

§ 2. Allgemeine Gründe.

Die rein auf die geschichtliche Erforschung des Rechts gerichtete wissenschaftliche Thätigkeit der sog. historischen Schule, die Entdeckung von Rechtsdenkmälern der ältesten Zeiten hatte für beide Hälften der deutschen Rechtswissenschaft, die germanistische wie die romanistische, eine jener Schattenseiten heraufbeschworen, die jeder reine Historismus im Gefolge hat. Das neue Licht, das über die ältesten Rechtsgestaltungen verbreitet wurde, das den strengen Formalismus, die individuelle Eigenart eines jeden Volksrechtes enthüllte und in den Vordergrund der Betrachtungen schob, liess die Gefahr, die Wirksamkeit des naturalen Moments für die ältesten Zeiten geschichtlicher Ueberlieferung völlig zu leugnen, zu einer fast unvermeidlichen für die Rechtshistoriker werden. Wie man das älteste öffentliche wie private Recht überhaupt auf der Grundlage schroffer, unvermittelter Gegensätze aufzubauen liebte, so dachte man auch an einen Prinzipiengegensatz zwischen jus civile und jus gentium und indem man für die ältesten Zeiten die naturalis ratio aus dem Rechtssysteme verdrängte, erblickte man in der schrittweisen Zulassung derselben eine nach inneren Gesetzen sich vollziehende geschichtliche Entwicklung.

Man kann diese Theorie von dem Vorwurfe aprioristischer Construction nicht freisprechen.

Es sollte nicht geleugnet werden, dass wie in allen menschlichen Verhältnissen ein naturales Substrat die gemeinsame Urform für die individuellen Aeusserungen des Prinzips bildet, auch das eigenartigst ausgebildete, strengstens sich abschliessende Civilrecht sich nie völlig der Macht des allgemeinrechtlichen Momentes entziehen kann.

Das positive Recht eines Staates kann sich in doppelter Weise schöpferisch erweisen, im Schaffen ganz eigenthümlicher Rechtsinstitute und in charakteristischer, formaler Ausstattung allgemeinrechtlicher; von einer Productivität des römischen Rechts kann aber beim Eigenthum weder in substantieller noch formaler Hinsicht die Rede sein, da dieses Rechtsinstitut einerseits unbestritten juris gentium ist, andrerseits der letzteren Kategorie (Form) nicht unterstellt werden kann (Bechmann a. a. O. Ste. 305 flg.).

In einer das Wesen des Instituts nicht berührenden Weise hat vielmehr das römische Civilrecht nur insoferne eigenartig auf diesem Gebiete sich bewegt, als es das Eigenthum in der möglichst absoluten Gestalt anerkannte. Die positivrechtlichen Erwerbsarten konnten, zumeist aus wirthschaftspolitischen Gründen, nicht ausbleiben: aber wie ist hieraus der Schluss gerechtfertigt, dass durch civile neuaufkommende Erwerbsarten ein solch mächtiger Druck auf die naturalen ausgeübt wurde, dass ihnen auch in ihrer Anwendung auf nicht gefreite Gegenstände nun die bisherige Wirksamkeit entzogen sein sollte? Die naturalen Erwerbsarten behalten vielmehr, soweit nicht positivrechtliche Gründe entgegenstehen, ihren bisherigen Effect bei und es ist eine sehr wahre Bemerkung Muther's a. a. O., dass der enge Zusammenhang der Erwerbsarten mit dem naturalen Bestandtheile des Rechtes selbst sich an dem Drängen nach Anerkennung der traditio bei mancipi res besonders klar zeigte, bis schliesslich auf künstlichem Wege vermittelst der

Prätur auch in diesen gefreiten Rechtsverhältnissen die naturalis ratio den Sieg davontrug.

Man könnte uns die starke Betonung der Eintheilung der Erwerbsarten in civile und naturale von Seiten der praktischen römischen Juristen mit dem Bemerken entgegenhalten, dass diese Erörterungen doch unmöglich alle speculativer, rechtsvergleichender Natur sein könnten, vielmehr mit den Stadien der geschichtlichen Entwicklung zusammenhängen müssten.

Und doch liegen gerade bei den Eigenthumserwerbsarten solche speculative Tendenzen der Rechtswissenschaft so nahe, dass selbst zugestandenermassen bei theoretischen Erörterungen ein bewusstes praktisches Endziel verfolgende Juristen zu solchen Untersuchungen sich veranlasst sehen mussten. — Das Herrschaftsverhältniss des Menschen zu den unterwerfbaren Gegenständen der äusseren Natur ist, wie das Urbild alles Vermögensrechts, so auch der wirthschaftliche Mittelpunkt, dem im Endresultate die secundären Vermögensrechtsinstitute vorzugsweise zustreben. Ein solches in der physisch bedürftigen Natur des Individuums einerseits und den naturgemässen Collisionen des socialen Zusammenlebens andrerseits wurzelndes Rechtsinstitut hat auch seine gleichsam mit der Physis selbst gegebenen Entstehungsgründe, die über jede Anerkennung einer Rechtsordnung erhaben sind. In der Occupation findet die wirthschaftliche Anstrengung des nach Befriedigungsmitteln strebenden Individuums, das der socialen Kräfte noch nicht bedarf, ihren Ausdruck, in der Tradition die mehr und mehr an die Stelle der ersteren tretende wirthschaftliche Interessensolidarität; alle Accessionsfälle sanctioniren rechtlich nur einen physisch ohne das Resultat neuer wirthschaftlicher Güter nicht mehr rückgängig zu machenden Vorgang der äusseren Natur. So lassen sich die naturalen Erwerbsarten auf die einfachsten Grundformeln zurückführen. Man betrachte hiergegen die civilen

Erwerbsarten: den schwerfälligen Apparat der Mancipation, die formelreiche Legisactionenprocedur in der Injurecessio, die Usucapio mit ihrer rechtspolizeilichen Function! Alles musste hier, besonders mit Rücksicht auf die Interpretationsfragen, auch beim völligen Mangel einer Verschiedenheit des Effects zu einer theoretischen Sonderung führen.

Es bleibt uns unter den allgemeinen Gesichtspunkten zur Vertheidigung unserer Auffassung in dieser Controverse noch ein aus rein wissenschaftlichen Gründen hier zuletzt aufzuführender Grund übrig, der an Bedeutung aber nicht die letzte Stelle einnehmen dürfte; es ist dies die praktisch, vom Gesichtspunkte der realen Lebensverhältnisse aus kaum zu begreifende völlige Schutzlosigkeit des auf naturale Weise Erwerbenden — vor Einführung des prätorischen in bonis — vor vollendeter Usucapion; beherzigenswerth ist auch hier das Urtheil Niebuhr's über die früheren Bearbeiter der alten Geschichte: „Sie construiren ihre Geschichte aus Büchern zusammen, bedenken aber nicht, dass die Geschichte einmal geschehen sein muss;" denn auch juristische Theoretiker sind sich oft genug nicht eingedenk, dass ihre Theorien einmal praktische Aeusserungen gefunden haben müssen. Man hat gegen dieses Postulat des gesunden Menschenverstands, wie es Unterholzner nennt, verschiedenes angeführt. Der Puchta'sche Einwurf, dass unsere heutigen Rechtsanschauungen nicht die der alten Römer waren, krankt an vager Allgemeinheit. Hugo und Scheurl haben den Beweis für ihre Behauptung, dass die Eigenthumsklage wegen ihrer starken Wirkung selbst gegen gutgläubige Dritte nur auf eine Erwerbsart öffentlichen Charakters, die evidenten Eigenthumsbeweis zulasse, gestützt sein könne, nicht erbracht; es spricht dagegen zunächst der Umstand, dass auch durch usucapio und accessio unbestritten quiritarisches Eigenthum entstand und, wie für die accessio naturgemäss öffentliche Evidenz nicht bestehen kann, so auch

nach bestimmten Quellenzeugnissen (arg. fr. 6 pr. fr. 40 § 2 D: de acquir. vel. amitt. poss. [41, 2]) die usucapio im Falle des Gegebenseins ihrer sonstigen Voraussetzungen durch Verheimlichung nicht gehemmt wird. Wenn Puchta für die ältesten Zeiten der Accession überhaupt noch keinen rechtlichen Charakter beilegen will, ihre Anerkennung als thatsächliches Verhältniss nur aus dem Drängen der natürlichen Lebensverhältnisse folgert, so ist die Entgegnung Schilling's, dass gerade die Natürlichkeit der Verhältnisse hier wohl ganz früh schon zur bewussten Anerkennung derselben als eines Rechtsinstituts geführt haben mag, ebenso gerechtfertigt. Ueberhaupt aber kann die Neigung des älteren römischen Rechts zur Oeffentlichkeit und Förmlichkeit der Rechtsgeschäfte (Hugo's Rechtsgeschichte Ste. 210) in der behaupteten unbeschränkten Ausdehnung nicht zugestanden werden. Das Erforderniss der Förmlichkeiten für res mancipi hatte, wie bereits mehrfach angedeutet, seinen wirthschaftspolitischen Grund; wenn man die in jure cessio auch für nec mancipi res angeführt findet, so ist dies theoretisch im Wesen derselben als fingirten Eigenthumsstreits begründet, über die praktische Bedeutsamkeit der Anwendung der in jure cessio in dieser Richtung aber mag eine abweichende Meinung wohl gestattet sein. Vollends kein Interesse an einer Verkehrsüberwachung durch Erwerbsarten öffentlichen Charakters hatte der Staat bei solchen Gegenständen, die zum Nationalvermögen erst hinzutraten, wie dies ja bei den meisten originär-naturalen Erwerbsarten der Fall ist.

§ 3. Quellenbeweis.

Das hauptsächlichste Quellenmaterial für unsere Auffassung in dieser Frage liefert uns Gajus; nachdem er im zweiten Buche seiner Institutionen die mancipatio, in jure cessio, traditio und usucapio behandelt hat, wendet er sich von den Alienationsformen ab und knüpft nach einer kurzen

Bevorwortung im § 65 die originären Erwerbsarten wegen der Gemeinsamkeit der naturalis ratio im § 66 an die traditio an: „Nec ea tantum, quae traditione nostra fiunt, naturali nobis ratione acquiruntur“; in demselben § 66 und in § 67 erwähnt er dann die Besitzergreifung herrenloser Sachen; im § 69 wird von dem per alluvionem adjectum gesagt: „eodem jure nostrum fit“; §§ 73—75 behandeln auf dieselbe Weise („naturali jure“) die Accessionsfälle; die Betrachtung der specificatio im § 79 wird mit der Bevorwortung eingeleitet: „In aliis quoque speciebus naturalis ratio idem requirit.“

Nirgends findet sich von einem von Gajus für diese Fälle angenommenen in bonis hier eine Spur; auch die Institutionen Justinian's und der Digestentitel: De acquirendo rerum dominio 41, 1 gebrauchen dieselben Ausdrücke wie Gajus, obwohl diesen nur zur Unterstützung des Arguments aus Gajus eine Bedeutung zuerkannt werden darf (vgl. Unterholzner, Rhein. Mus. Bd. I Ste. 134; Dernburg a. a. O. Ste. 172 flg.)

Gegen die Beweiskraft der Stellen aus Gajus werden zwei hauptsächliche Einwände erhoben.

Scheurl Ste. 63 flg. behauptet, dass die Annahme, Gajus behandle im Buch II § 40—80 den Eigenthumserwerb, unrichtig sei, selbst wenn man dem prätorischen in bonis den juristischen Charakter des dominium zugestehe. Den Beweis für diese Behauptung sucht Scheurl in der Methode der Darstellung des Gajus und der ganzen Anlage seines Werks; Gajus' Werk könne nicht mit modernen juristischen Schriften in ihrem systematischen Aufbau verglichen werden, vielmehr treten uns bei ihm die verschiedenen Rechtsinstitute an verschiedenen Orten entgegen; so behandle Gajus den Eigenthumserwerb zersplittert im zweiten Buch in den §§ 18—24 und dann in den §§ 40—80; selbst inmitten dieser Partien sei nicht immer vom Eigenthumserwerbe die Rede, wie § 21

klar beweise, da ja bekanntlich praedia provincialia des privaten dominium unfähig seien. Ueberhaupt lasse sich im Hinblicke auf den ganzen Charakter des Werkes von Gajus, seinem Leser nur eine durchsichtige Darstellung der Hauptlehren des Civilrechts zu geben, ohne allzugrosse Aengstlichkeit in Bezug auf Wahl und Anordnung des Stoffes, aus der gleichmässigen Behandlung der civilen und naturalen Erwerbsarten ohne Andeutung eines verschiedenen Effectes kein sicherer Schluss auf die Gleichheit der Wirkung ziehen.

Was nun den Vorwurf Scheurl's betrifft, Gajus spreche in den citirten §§ 18 flg. vom Eigenthumserwerbe, so beruht er auf irriger Voraussetzung; Gajus behandelt vielmehr a. a. O. die Arten der Sachen, deren Eintheilung in mancipi und nec mancipi res und da musste doch wohl das in der Verschiedenheit der Veräusserungsformen bestehende Kriterium dieser Eintheilung angegeben werden; die Anreihung der praedia provincialia und des eigenthümlichen Rechtsverhältnisses, in welchem sie durch die Theorie des dominium eminens des römischen Volkes standen, erfolgte völlig natürlich zur Hervorhebung ihres Gegensatzes zu den praedia in italico solo. Mit dieser Entkräftung der positiven Beweisstellen Scheurl's muss auch dessen oben angedeutete allgemeinere Erörterung hinfällig werden.

Der zweite Einwand von Scheurl Ste. 65 flg. und Mayer in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. VIII Ste. 4 flg. gründet sich darauf, dass Gajus auch das in bonis als dominium bezeichnet habe; es werden zum Beweise dessen folgende Stellen angeführt:

1) Gaj. J. I § 54: Ceterum cum apud cives Romanos duplex sit dominium (nam vel in bonis vel ex jure Quiritium vel ex utroque jure cujusquam servus esse intelligitur) ita demum servum in potestate domini esse dicemus, si in bonis ejus sit, etiamsi simul ex jure Quiritium eius-

dem non sit: nam qui nudum jus Quiritium in servo habet, is potestatem non habere intelligitur.

Nach den Ausführungen Mayer's haben die drei als möglich angeführten sachenrechtlichen Verhältnisse sämmtlich den Charakter des dominium: die Verhältnisse „vel in bonis vel ex jure Quiritium" seien als der Art nach gleiche neben einandergestellt; diese Gleichartigkeit werde noch bestätigt durch die unmittelbar daran geknüpften Worte „vel ex utroque jure", da das utrumque jus auf zwei der Art nach gleiche Gerechtsame nothwendig hindeute; denn selbst das umfassendste jus in re gehe im Eigenthum unter und seine Verbindung mit dem Eigenthum mache den Eigenthümer höchstens zum „pleno jure dominus", nicht zum „utroque jure dominus"; schon der Nachsatz allein enthalte bei unbefangener Betrachtung die Behauptung, Eigenthümer sei, wer die Sache in bonis habe: „ita demum servum in potestate domini esse dicemus, si in bonis ejus sit."

Dem gegenüber fasst Zimmmern a. a. O. Ste. 313 den Gegensatz, der durch duplex dominium angedeutet werde, als zwischen dem dominium ex jure Quiritium in seinem vollen vorprätorischen Umfange und dem nudum jus Quiritium bestehend auf.

Meines Ermessens ist die citirte Stelle viel zu wenig aus dem Zusammenhange heraus, in dem sie sich befindet, betrachtet worden. Gajus handelt I § 52 flg. von der potestas über die Sklaven: „In potestate itaque sunt servi dominorum." Da aber nach der Entwicklung des in bonis das dominium zwei Gestaltungen angenommen hatte, die volle Herrschaftsbefugniss über Sachen und das des materiellen Gehaltes fast völlig entkleidete, der juristischen Consequenz zufolge beibehaltene Nominalrecht, so musste Gajus zur präciseren Fassung seines in § 52 so unbeschränkt ausgesprochenen

Satzes einen Zusatz machen. Sein Gedankengang hierin ist etwa folgender:

„Es bleibt mir noch übrig, die potestas dominica in Hinsicht auf die durch das in bonis so eigenthümlich gespaltenen Rechtsverhältnisse zu betrachten; ich habe in § 52 gesagt: „in potestate itaque sunt servi dominorum"; man könnte nun, das Wort „dominorum" urgirend, auch dem ex nudo jure Quiritium Berechtigten die potestas zuschreiben wollen. Dem ist natürlich nicht so; die potestas als ein Machtbegriff ist in den Händen dessen, der die Sache in bonis hat und wenn ich sage „in potestate domini", so lege ich natürlich dem bonitarisch Berechtigten nicht den Namen „dominus" bei, sondern gebrauche diese Wortformel in ihrer geradezu technisch gewordenen Bedeutung zur Bezeichnung der höchsten Machtfülle.

2) Die zweite von den Gegnern angezogene Stelle ist Gaj. J. II. § 40:

Sequitur ut admoneamus apud peregrinos quidem unum esse dominium: nam aut dominus quisque est aut dominus non intelligitur. Quo jure etiam populus Romanus olim utebatur: aut enim ex jure Quiritium unus quisque dominus erat, aut non intelligebatur dominus: sed postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex jure Quiritium dominus, alius in bonis habere.

Mayer a. a. O. Ste. 6—8 deducirt, dass durch die Absonderung auch der wesentlichsten Gerechtsame an sich keine Theilung des dominium entstehen könne, wie sich dies ja am Verhältnisse der possessio agri publici zum dominium des römischen Volks, des emphytenta zum dominus emphyteuseos zeige; daher nenne man das Eigenthum nur dann ein getheiltes, wenn der durch „in bonis" bezeichnete Inbegriff von Gerechtsamen selbst dominium gewesen sei (vgl. auch Scheurl Ste. 67 flg).

Dagegen bemerkt Zimmern a. a. O. Ste. 312, dass der Gegensatz zwischen dem alten unvermischt civilen und dem prätorischen Rechte hier durch das „unum dominium“ gegenüber der „dominii divisio“ ausgedrückt werde; es soll demnach das eine ungetheilte Eigenthum der älteren Zeit gegenüberstehen den beiden Theilen desselben im späteren Rechte, von denen nur der eine den Namen dominium behalten habe.

Die Stelle scheint mir durch folgende Auslegung ungezwungen einen für diesseitige Ansicht sprechenden Sinn zu ergeben: Früher standen sich bei den Römern wie jetzt noch bei den Peregrinen dominium und jus in re aliena schroff gegenüber, letzteres, wenn auch materiell noch so weitgreifend, subordinirt und aus dem prinzipiell unbeschränkt gedachten Rechte des Eigenthümers abgeleitet. Der Entwicklungsprozess der prätorischen Rechtsbildung brachte in dem in bonis ein vermittelndes Element, das, so heilsam es auch praktisch sein mochte, für das juristische Denken immer ein Zwitterding bleiben musste. Materiell umfasst es fast die volle Herrschaftsbefugniss, die im dominium liegt, formell dagegen zeichnet es sich zwar gegenüber den höchst ausgebildeten jura in re aliena durch seine Unabhängigkeit vom dominium aus, kann aber doch wegen der bekannten Natur der prätorischen Rechtsbildung nicht als dominium bezeichnet werden. Diese Natur des in bonis hat zur Folge, dass man jetzt recht wohl von dominii divisio, ut alius possit esse ex jure Quiritium dominus, alius in bonis habere,“ also einer Abzweigung des zu selbstständiger Stellung gelangten in bonis von dem bisher allein souverainen dominium sprechen kann.

Mayer Ste. 9 flg. und Scheurl Ste. 70 suchen die Beweiskraft der von uns angeführten Stellen aus Gajus weiters durch die Behauptung zu elidiren, dass aus dem Vorkommen der Possessivpronomina „meum esse“ u. s. w. bei Gelegenheit der Wirkung naturaler Erwerbsarten noch kein sicherer Schluss

darauf gezogen werden könne, dass diese Wirkung das dominium gewesen sei, indem sie für das in bonis auch diese Pronomina vindiciren. Zum Behufe dessen werden folgende Quellenzeugnisse angeführt:

1) Gaj. J. I. § 167: Unde si ancilla ex jure Quiritium tua sit, in bonis mea, a me quidem solo, non etiam a te manu missa Latina fieri potest.

Zunächst spricht gegen die Beweistüchtigkeit der Stelle deren Verstümmelung und Lückenhaftigkeit. Hiervon abgesehen ist das Possessivpronomen bei in bonis wohl nur zur prägnanten Fassung des auf den Worten ex jure Quiritium und in bonis ruhenden Gegensatzes gebraucht, neben dem zur schärferen Hervorhebung des Wichtigen alle andern Begriffe durch correspondirende Bezeichnung zurücktreten.

2) Gaj. J. II. § 41: Semel enim impleta usucapione proinde pleno jure incipit, id est in bonis et ex jure Quiritium tua res esse, ac si ea mancipata vel in jure cessa esset.

„Tua" gehört jedoch offenbar nur zu „pleno jure", indem „in bonis et ex jure Quiritium" nur eine Erläuterung — gleichsam in parenthesi — des Begriffes des plenum jus sind; sollte selbst eine directe Beziehung von „tua" auf die Worte „in bonis et ex jure Quiritium" statthaft sein, so ist für die Zulässigkeit des Pronomens noch zu bedenken, dass der der Verbindung beider innewohnende höhere Charakter (= plenum jus) für die Unfähigkeit des Einzelfactors „in bonis" keinen Raum mehr lässt.

3) Gaj. J. II. § 77: Eadem ratione probatum est, quod in chartulis sive membranis meis aliquis scripserit, licet aureis litteris, meum esse.

Scheurl Ste. 70 folgert aus dem Umstande, dass es hier an einem wirklichen corpus für das Eigenthum fehle, auch die Möglichkeit der Anwendung des Possessivpronomens auf

andere Verhältnisse als das Eigenthum. Aus dieser Stelle scheint mir aber nur eine von der sinnlichen Fassbarkeit des Objects sich erhebende, mehr abstrahirende Auffassung des Eigenthumsbegriffes zu folgen.

Gesondert von diesen Quellenzeugnissen gegen unsere Ansicht aus Gajus selbst mögen hier solche folgen, auf welche die Gegner selbst geringere Wichtigkeit legen. Die Bezeichnung des bisher bonitarisch Berechtigten als dominus in L. un. Cod: de nudo jure Quirit toll. (VII, 25) kann doch wohl in einer Constitution, welche das nudum jus Quiritium aufhebt und dem die Sache in bonis Habenden die volle juristische Qualität eines dominus verleiht, keinen Anstoss erregen. Auch die Ausdrücke, mit denen die Institutionenparaphrase des Theophilus das in bonis in die griechische Sprache übersetzt (ad. § ult. J: de libert: φυσικη δεσποτεία — ἡ μὲν φυσικὴ λέγεται in bonis — δεσπότης βονιτάριος) können auf Relevanz in unserer Frage keinen Anspruch machen, da eine Uebersetzung ins Griechische einerseits ohne Anlehnung an „δεσποτεία“ grosse Schwierigkeiten gefunden hätte, anderseits nach dem völligen Verluste praktischer Wichtigkeit eine scharfe Sonderung der sprachlichen Bezeichnungen für dominium und in bonis dem Byzantiner in einer Institutionenvorlesung nicht nöthig erscheinen mochte.

Die von Mayer Ste. 11 weiters angeführten Digestenfragmente (fr. 7 § 1 D: de usufr. (7, 1); fr. 15 § 16, § 23 D: damn. inf. (39, 2); fr. 1 D: de bon. poss. (37, 1) verlieren ihre Bedeutsamkeit wegen der naheliegenden Möglichkeit, dass in ihnen anstatt der Ausdrücke: „in bonis esse“ u. s. w. die entsprechende Interpolationen stattgefunden haben.

Besonders betont wird von Mayer fr. 26 § ult. D: de noxal. act. (9, 4):

Sed et actori his casibus succurendum est, quia placet dominii acquisitione exstingui actionem; jussu enim prätoris ductus, in bonis fit ejus, qui duxit.

Daraus ist jedoch kein Argument zu ziehen, wenn man der Stelle folgende Interpretation gibt: Das Fragment geht von der Restitution aus, die dem dominus, creditor pignoratitius, codominus gegen einen während ihrer Abwesenheit ergangenen magistratischen jussus, der das in bonis des Beschädigten am Sklaven zur Folge hatte, zu Theil wurde; durch dieses in bonis kann die Noxalklage ipso jure nicht aufgehoben, vielmehr nur aus der ductio servi eine Exception dagegen entnommen werden; ipso jure wird die Klage nur aufgehoben durch die acquisitio dominii. Da aber die in integrum restitutio in Folge des im annus utilis liegenden weiten Spielraums weiter reicht als der annus continuus der Usucapion in seinen fest bestimmten Grenzen, so ist nach erfolgtem Erwerbe des dominium für den Noxalkläger die ausserordentliche Rechtshülfe der Restitution nöthig. War bei der Restitution des dominus u. s. w. gegen den magistratischen jussus die Sache erst noch in bonis des Noxalklägers, so bedurfte es nach Wegfall der exceptio dieses ausserordentlichen Rechtsmittels nicht; demnach bezeichnet im Nachsatze des genannten Fragments „in bonis“ erst die Vorstufe zum dominium, dessen Erwerb „exstinguit actionem“.

Es wurde gegen die Annahme, dass Gajus II. § 66 flg. mit dem Possessivpronomen das dominium bezeichne, auch der Mangel des nothwendigen Zusatzes „ex jure Quiritium“ angeführt.

Diese Wortformel hat jedoch keinen Bezug zu den Entstehungsgründen, sondern bezeichnet in der dem klassischen Alterthum eigenen exclusiv-staatlichen Tendenz das Eigenthum der Angehörigen des römischen Staates, resp. der mit commercium juris civilis Begabten (vgl. Bechmann a. a. O. Ste. 306 flg.)

Die so postulirte Nothwendigkeit dieses Zusatzes ist aber auch nach positiven Beweisstellen zu verwerfen: so lässt Gajus: IV. § 92: „Petitoria formula hăc est, qua actor intendit rem suam esse“ den Zusatz ex jure Quiritum weg; die oben angedeuteten besonderen zur Beifügung dieser Formel Anlass gebenden Gründe fordern im Gegentheil nothwendig die Auslassung derselben, wenn nur die Entstehung, nicht die Natur des bereits acquirirten Rechts dargestellt wird, „nicht wie es nostrum est, sondern nostrum fit.“ (Zimmern a. a. O. Ste. 374; Leist: Bon. poss. Ste. 245). Hiermit erledigt sich auch die Behauptung Puchta's (Institutionen Ste. 186), dass mit dem Possessivpronomen nur das natürliche in der Hauptsache ebenso wie das quiritarische wirksame Eigenthum gemeint und zum Hervorheben des Umstandes, dass es nur das naturale sei, kein Grund vorhanden gewesen sei, weil kein quiritarischer Eigenthümer gegenübergestanden habe.

Ein besonders lebhafter Streit hat sich über die Natur der bellica occupatio, ob dieselbe als private Eigenthumserwerbsart betrachtet werden könne, erhoben und knüpft besonders an Gajus IV. § 16 an:

Maxime enim sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent.

Es sind viele Anstrengungen gemacht worden, den einfachen Gedanken, dass das in harter, blutiger Arbeit Errungene am höchsten geschätzt werde, zu verdunkeln; ein Nachklang jener engherzig frostigen Auffassung, die Ihering in seinem Kampf um's Recht den Criminalisten des vorigen Jahrhunderts wegen ihrer Behandlung der Nothwehr so drastisch vorgeworfen hat, durchzieht noch viele dieser von so bedeutenden Juristen gemachten Elidirungsversuche.

Die kurze Abfertigung Puchta's (Cursus der Institutionen II. Ste. 186) „diese Bemerkung sehe von vornherein einer den römischen Kriegsruhm erhebenden Phrase ähnlicher als einem juristischen Gedanken“, bedarf wohl keiner verthei-

digenden Erwiderung. Im übrigen wurde dieser Stelle von Mayer: Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. VIII. Ste. 73 flg., Puchta in den Erlanger juristischen Jahrbüchern Bd. IV. Ste. 138 und Institutionen Ste. 186—187, Scheurl Ste. 36 flg. die staatsrechtliche Maxime des Beuteerwerbs für den populus Romanus selbst und die gleichsam procuratorische Stellung des miles entgegengehalten; das Wort „maxime" soll dann nach Puchta und Scheurl die völlige Sicherheit des vom Staate ein Beutestück Kaufenden gegen Eviction ausdrücken.

Eine weitere — aber nur subsidiär verfochtene — Ansicht Scheurl's Ste. 40, dass in der Occupation des Einzelnen nur eine remotior causa usucapionis liege, gründet sich auf Cicero: de Invent I. cap. 45 § 84—85; dass diese Stelle aber nur Usucapionsbesitz, nicht Eigenthumsbesitz meine, ist nicht ersichtlich; wenn hier Scheurl besonders die Fälle der auch von ihm als statthaft anerkannten Occupation des Einzelnen — die Plünderungslicenzen und nachfolgenden Beutevertheilungen — vor Augen hat, so mag einer so schwachen Wirkung der staatlichen Erlaubniss wohl manches Bedenken entgegenstehen.

Wir schliessen uns bezüglich der Auffassung des Occupationsbegriffs an Leist: Natur des Eigenthums (in Heft III. der civilistischen Studien) an, der übrigens sich unserer historischen Frage gegenüber passiv verhält — vgl. Ste. 103 Anm. 8 —:

„Die Occupation ist ein Product der Erwerbs- und Arbeitskraft der Individuen durch die ganze Menschheit hindurch, und der Rechtssatz geht nur darauf aus, dies schon vor dem Rechte Bestehende auf ein engeres Gebiet zurückzuweisen." (Ste. 97).

Nun hat aber das römische Recht weder, was weniger bestritten wird, in den älteren Perioden noch in den höchsten

Blüthezeiten des Staates jenen centralisirenden, dem Staate Alles zuerkennenden und die Individualität verneinenden Zug zu einem ausnahmslosen Rechtsprincipe für die bellica occupatio zu erheben vermocht, obwohl auch wir das Streben der staatlichen Entwicklung nach diesem Ziele gerne anerkennen.

Für die älteren Zeiten spricht gegen die gegnerische Annahme der Plünderungszweck der Kriege, der noch bis tief in bildungsreichere Zeiten hinein mitspielt, und die Gestaltung des Vindicationsprozesses zur Legisactionenzeit. Aber auch die geschichtliche Zeit kennt noch manches Beispiel, in dem der selbstische Wille der Individuen die Verwirklichung des Staatsgedankens in dieser Form nicht zu ertragen vermochte, wie dies besonders Pagenstecher: Römische Lehre des Eigenthums Abth. II. Ste. 32 flg. in gründlicher Untersuchung nachgewiesen hat. So berichtet Livius: 5, 26, dass nach Besiegung der Falisker die Beute zum Quästor zusammengebracht wurde, „geleitet vom grossen Zorne der Krieger, welche nur durch die Strenge des Feldherrn im Zaum gehalten die Tüchtigkeit jener Einrichtung zugleich hassten und bewunderten.“ In Livius: II, 42 heisst es: „Accensa cupiditas malignitate patrum, qui militem präda fraudavere;“ in Livius III. 31 wird von den patres der Beuteverkauf mit der Nothlage des Staatsschatzes entschuldigt. Auch in späteren Zeiten kommen zur Anspornung des Kriegsmuthes noch oft Plünderungslicenzen und Beutevertheilungen vor, ohne dass es in solchen Fällen noch eines speziellen staatlichen Verleihungsactes bedurft hätte, ausserdem wurde dieses dem Staate alles zuschreibende Prinzip nicht ausgedehnt auf die im Zweikampfe, in den Privatfehden erbeuteten und die zur Zeit des Kriegsausbruchs im Inlande befindlichen Sachen des Feindes.

Bedenkt man nun, dass Gajus IV, 16 dieser bellica occupatio ihre Hauptbedeutung für die ältere Periode des Legisactionenprozesses, wo aus ihr das Symbol der hasta ent-

nommen wurde, zumisst, in der jenes staatliche Prinzip noch keineswegs allgemeinere Anerkennung gefunden haben konnte, dass auch in den oben erwähnten Fällen noch in späteren Zeiten starke Durchlöcherungen dieses Prinzips vorkamen, so wird man es als mit der Entwicklung des Beuterechts nicht im Widerspruche stehend halten, wenn Gajus von der occupatio bellica als Privaterwerbsart spricht.

Leist: Bonorum possessio I. Ste. 244 hat bei der Erörterung unserer Frage vom historisch-römisch-rechtlichen Gesichtspunkte aus aus dem arbitrium des Feldherrn bei Livius: V., 22 eine eigenthümliche Ansicht gewonnen: „Gewisse Beutetheile (ager, captivi) sollen immer dem Staate zufallen; in Bezug auf das dem Staate nicht Zufallende kam man leicht zu der Auffassung, dass nicht lediglich der einzelne Beutemacher, sondern das ganze Heer, gleichsam pro partibus indivisis, daran berechtigt sei. Das von Livius in der genannten Stelle (verb.: „rem arbitrii sui“ erwähnte arbitrium ist deshalb analog der Thätigkeit des Theilungsrichters im judicium communi dividundo aufzufassen und kann daher die Vertheilung nicht als erste Verleihung des Eigenthums, sondern nur als Sonderung des bisher pro indivisio vorhandenen Miteigenthums betrachtet werden.“

So misslich nun schon an und für sich die Uebertragung des Begriffs des judicium divisorium in diese sonst den privatrechtlichen Betrachtungsweisen ganz entfremdete Sphäre sein mag, Livius versteht unter arbitrium hier sicher nur die in das freie Ermessen des Feldherrn gestellte Befugniss, von der staatlichen Maxime durch Plünderungslicenzen, Vertheilungen der gewonnenen Beute und andere Modalitäten Umgang zu nehmen.

Ein ferneres Argument für unsere Ansicht ist aus Gajus: II, 40 zu entnehmen, da dieser nur von dem in bonis spricht, dem ein nudum jus quiritum gegenübersteht; bei den originär-

naturalen Erwerbsarten aber müsste nothwendig das in bonis allein bestanden haben. Auch die justinianische Const. un: de nudo jure Quirit. toll. kennt das in bonis nur als im Vereine mit dem nudum jus Quiritium vorkommend und hebt das letztere auf, nicht aber das alleinstehende in bonis; will man nun den Fortbestand dieses letzteren nicht noch über Justinian hinaus annehmen, so muss man nothwendig dessen ganze Existenz leugnen (vgl. Dernburg: Beiträge Ste. 170).

Scheurl: Ste. 61 behauptet, dass Gajus a. a. O. nicht das Institut des in bonis überhaupt und in seiner ganzen Ausdehnung, sondern nur eine species desselben — den Fall der traditio mancipi rerum — habe darstellen wollen. Dagegen ist zu bemerken, dass Gajus zuerst ganz allgemein das Verhältniss des dominium und des in bonis während ihres Gegenüberstehens erörtert und dann erst, nach dieser allgemeinen Einleitungsbetrachtung, die traditio mancipi rerum als Prototyp anreicht.

Der Einwand Puchta's (Institutionen Ste. 190), dass der Fall des in bonis ohne gegenüberstehendes jus Quiritium von den römischen Juristen deshalb nicht hervorgehoben zu werden brauchte, weil ein solches in bonis doch die gesammte materielle Bedeutung des dominium in sich aufgenommen habe, ist einerseits eine schwere Rüge, die diesen Juristen einen schwerfallenden Mangel an juristischer Consequenz vorwirft, andrerseits sind die dem in bonis entzogenen, im jus Quiritium liegenden Befugnisse (Vindicationslegat, Vollwirkung der manumissio servi) doch noch so beachtenswerth, dass eine Erwähnung des wirklich obwaltenden Verhältnisses nicht überflüssig gewesen wäre.

Ebenso erörtert Gajus die suppletorische Funktion der ussucapio — das in bonis in dominium umzuwandeln — immer nur in Anwendung auf die traditio mancipi rerum; hätten die naturalen Erwerbsarten auch derselben bedurft, so hätte

Gajus auch dieser Anwendung Erwähnung gethan. Uebrigens hätte auch vor Gewährung des in bonis für diese naturalen Acquisitionen die Usucapion eine andere Gestaltung annehmen müssen, als in den uns sicher bekannten Anwendungsfällen. Während sie in dieser Funktion einen Mangel heilt, der vom Standpunkte der objectiven Rechtsordnung aus zufällig ist, hätte sie dort „ein prinzipielles Nichtrecht, einen Vorgang, den das jus civile principiell als blosses Factum betrachtet“ in volles quiritarisches Recht verwandeln müssen (vgl. Bechmann a. a. O. Ste. 306; Dernburg Ste. 172; Schilling Ste. 62).

Das für uns sprechende fr. 23 pr. D: de rei vind. (VI., 1):

„In rem actio competit ei, qui aut jure gentium aut jure civili dominium acquisivit“

hält Puchta (Cursus der Institutionen: II. Ste. 187) für irrelevant, weil Paulus sich so ausdrücken konnte, selbst wenn nur einige Erwerbsarten des jus gentium (wie dies ja auch Puchta zugesteht) civile Wirkung gehabt hätten und weil er übrigens von der in rem actio schlechthin, die ja auch dem von ihm sog. natürlichen Eigenthümer zugestanden hätte, nicht von der civilis in rem actio spreche (vgl. auch Puchta: Recension in den Erlang. jurist. Jahrb. Bd. IV. Ste. 138). Dass aber in rem actio im citirten Fragmente zugleich die dingliche Klage schlechthin und die civilis actio — wie sie dies ja für die acquisitiones juris civilis nothwendig sein müsste — bezeichne, dass ferner Paulus hier etwa mit der ganz allgemeinen Fassung „aut jure gentium“ nur die von den Gegnern zugestandenen Ausnahmefälle meine, wäre erst von Puchta zu erweisen gewesen.

Die Scheurl'sche Ansicht (Ste. 46), dass in diesem Fragmente gerade das Gegentheil des von uns Behaupteten enthalten sei, vom Gesichtspunkte der Präsumption aus, dass in unseren Quellen nichts Ueberflüssiges betont sei, so dass

das Unerwartete der rei vindicatio in den Ausnahmefällen, wo die naturalen Erwerbsarten (traditio, accessio) volle Wirksamkeit haben, ausdrücklich hervortrete, mag wohl schwerlich Anhänger gefunden haben.

Vollbeweisende Kraft für unsere Ansicht hat auch fr. 1 § 1 D: de aquir. vel amitt. poss. (Paulus libro 54 ad Edict):

> Dominiumque rerum ex naturali possessione coepisse Nerva filius ait: ejusque rei vestigium remanere de his, quae terra, mari coeloque capiuntur; nam haec protinus eorum fiunt, qui primi possessionem eorum apprehenderint. Item bello capta et insula in mari enata et gemmae, lapilli, margaritae in litoribus inventae ejus fiunt, qui primus eorum possessionem nanctus est.

Paulus bespricht hier den bekannten Satz von der Entwicklung des Eigenthums aus dem Besitze heraus; noch jetzt fänden sich bei den res, quae terra, mari coeloque capiuntur, Spuren hiervon. Wäre bei den Occupationsfällen des Fragments noch Usucapion nöthig gewesen, so könnte man doch wahrlich keine Spur der alten Verhältnisse hierin noch finden.

Scheurl Ste. 61 gibt der Stelle eine andere Auslegung: Wenn wir uns einen Zustand vorstellen, wo die Menschen überhaupt noch nicht in Rechtsgemeinschaft leben, so ist der Besitzer einer Sache gleichsam deren dominus, weil ein wirkliches dominium daran nicht statthaben kann. Sobald sich eine Rechtsgemeinschaft bildet, trennen sich possessio und dominium, possessor kann nun sein der non dominus, dominus der Nichtbesitzende. Eine Spur des ursprünglichen Zustandes vor Entstehung der Rechtsordnung erhielt sich bis heute in den im Fragmente angeführten Occupationsfällen, wo noch heute zur Zeit ihres Eintritts in den Rechtsverkehr, resp. bei friedlichen Gegenständen in die inländische Rechtssphäre Recht und Besitz sich decken. Der Jurist vergleicht also hier

nicht sowohl sein Zeitalter mit der ältesten Periode des römischen Rechts, sondern indem er über die historischen Zustände hinausgeht und für die Verhältnisse vor der Rechtsordnung eine Fiction aufstellt, setzt er — zwar in der äusseren Form historischer Entwicklung — die Resultate philosophischen Denkens hier nieder.

Die Scheurl'sche Interpretation wird aber hinfällig, weil die Qualification der possessio als quasidominium immer den Schutz einer objectiven Rechtsordnung voraussetzt und ein Vergleich der später anerkannten rechtlichen Herrschaft mit der thatsächlichen Innehabung zu einer Zeit, die nur die Gewalt kennt, die den Besitzer nur etwa wegen seiner Macht achtet, sich nicht herstellen lässt.

Brinz: Pandekten: 2. Auflage, I. Ste. 474; Ste. 496 flg. benutzt unser Fragment ebenfalls bei seinen Untersuchungen über die historische Entwicklung des Verhältnisses zwischen Besitz und Eigenthum. Den Satz des „gewordenen Rechts", dass Besitz und Eigen begrifflich und rechtlich geschieden sind, erklärt er als ein Product der historischen Zeit; auf das ungetrennte Beisammensein von Besitz und Eigenthum führe ein nothwendiger Rückschluss; „denkbar ist, dass es überhaupt einmal kein Eigenthum ohne Besitz gab (arg. fr. 1 § 1 D. a. v. a. p. 41, 2)." An einem anderen Orte, Ste. 474, bei Gelegenheit der Erörterung über den Begriff des Eigenthums, bespricht er diesen vorhistorischen Zusammenhang zwischen Besitz und Eigenthum unter nahem Bezug auf die uns vorliegende Frage für den vorpublicianischen Rechtszustand an den naturali ratione erworbenen Gegenständen.

Auch der Argumentation dieses scharfsinnigen Gelehrten aus unserem Fragmente steht meines Ermessens entgegen, dass nicht die Wirkungen eines erworbenen Eigenthums, wie sie sich nach der Brinz'schen Auffassung für die vorhistorische Zeit nur in der eine Unterbrechung nicht gestattenden Innehabung

der Sache documentiren, sondern in der Besitzergreifung als einseitigem Acte die primitivste Eigenthumserwerbsart dargestellt werden sollte. — Völlig rechtlose Zustände können nur da bestehen, wo die Bedürfnisse auf dem naturgemässen Wege einer rein selbstthätigen Befriedigung ausreichend gedeckt werden, so dass eine Vergreifung an den von einem Andern in Besitz genommenen Gütern keinen Vortheil bietet. Die erste, wenn auch noch so primitive Rechtsorganisation, schliesst sich an an die Verringerung eines freien Guts; der bisherige nicht geschützte Besitzer wird von dem Gemeinwesen, sei es in ausdrücklicher oder stillschweigender Sanction, den Begehrlichen gegenüber für unantastbar, d. h. als dominus erklärt. So beruht dies erste Eigenthum lediglich auf der physischen Kraft des Individuums, welche mit dem Ergreifungsacte beginnend in der Behauptung des Besitzes zur Zeit der Einführung der objectiven Rechtsordnung rechtlich anerkannt wird. Der erste Naturaltausch brachte die possessio um ihre bisherige Function, allein causa dominii zu sein. Die heutige wirthschaftliche Entwicklung, die so ziemlich alle zur Bedürfnissbefriedigung brauchbaren Gegenstände in den Rechtsverkehr hereingezogen hat, kennt die possessio als Unterlage für das dominium nur bei den Gegenständen, die das Fragment aufzählt, besonders den res, quae terra, mari coeloque capiuntur wegen ihres dem im Eigenthume liegenden abstracten Beherrschungszuge sich entziehenden natürlichen Wesens, das nur durch naturale Detention sich bändigen lässt, und weiters bei den Beutesachen, für die aus höheren Grundsätzen des jus gentium ihre bisherige Rechtsstellung negirt wird.

Durch Bluntschli a. a. O. Ste. 310 wurden auch die nachfolgenden Fragmente aus Gaji libro II rerum quotidianarum sive aureorum, die dem Pandektentitel: de acquirendo rerum dominio an dessen Spitze von den Compilatoren zugetheilt sind, zur Unterstützung unserer Ansicht herangezogen:

fr. 1 pr. D. de acquir. rer. dom. (41, 1):

Quarundam rerum dominium nanciscimur jure gentium, quod ratione naturali inter omnes homines peraeque servatur, quarundam jure civili, id est jure proprio civitatis nostrae; et quia antiquius jus gentium cum ipso genere humano proditum est, opus est, ut de hoc prius referendum sit. § 1. Omnia igitur animalia, quae terra, mari coeloque capiuntur, id est ferae bestiae et volucres, pisces capientium fiunt.

fr. 3 pr.: Quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur.

(Vgl. weiteres in ähnlichem Sinne fr. 3 § 2 eod.; fr. 14 pr.; fr. 30 § 4 eod.)

Gajus lässt in diesen Stellen dominium durch naturale wie civile Erwerbsarten begründet werden, ohne zwischen zwei Arten des Eigenthums zu unterscheiden, wodurch die gegnerische Ansicht von dem in bonis als Wirkung naturaler Erwerbsarten für diese Stellen keinen Boden erhält; ja er legt den naturalen um so viel weniger eine geringere Wirkung bei, dass er sie vielmehr als die ursprünglichen zuerst aufführt. Als die älteren müssen sie aber nun von jeher Eigenthum erzeugt haben und zwar, da die Ausbildung des in bonis, dem die Gegner den Character als dominium einräumen, erst der prätorischen Zeit angehört, volles quiritarisches Eigenthum. (Bluntschli a. a. O. Ste. 312).

Wir gelangen nun zur Prüfung der Beweisstellen der Gegner.

Aus den von Hugo angeführten Ciceronianischen Stellen (Har. Resp. 7):

Multae sunt domus in hac urbe atque haud scio, an paene cunctae jure optimo, sed tamen jure privato, jure hereditario, jure auctoritatis, jure mancipi, jure nexi.

ist kein Beweis für die Alleingeeignetheit civiler Erwerbsarten

zur Bewirkung des quiritarischen dominium zu ziehen, da unter den Fällen, wie man jure optimo zu einem Hause gelangen kann, naturale Erwerbsarten nicht vorkommen können, resp. ausserordentlich ferne liegen.

Besonderes Gewicht wird von gegnerischer Seite auf folgende Stellen gelegt:

Varro: De re rustica. Lib. II cap. 10 § 4:

In emptionibus dominum legitimum sex fere res perficiunt: si hereditatem justam adiit: si, ut debuit, mancipio ab eo accepit, a quo jure civili potuit: aut si in jure cessit, qui potuit cedere et id ubi oportuit: aut si usu cepit aut si e praeda sub corona emit tumve cum in bonis sectioneve cujus publice venit.

Ulp. Tit. XIX § 2:

Singularum rerum dominia nobis acquiruntur mancipatione, traditione, usucapione, in jure cessione, adjudicatione, lege.

Für die Erklärung der varronianischen Stelle ist zunächst vorauszuschicken, dass man sich immer hüten muss, in der Ausdrucksweise eines Nichtjuristen juristische termini technici finden zu wollen.

Der Interpretationsversuch Zachariä's, Varro und Ulpian hätten nur „praecipuas acquisitiones“ angeben wollen, scheint mir keine volle Ueberzeugungskraft zu besitzen, trotz des scheinbar darauf hindeutenden „fere“ Varro's; doch möchte auch die Entgegnung Scheurl's Ste. 28, dass Varro sich mit „fere“ nur vorsichtig habe ausdrücken wollen „quod omnis definitio in jure civili periculosa est,“ schwerlich genügen; eine Andeutung nicht vollständiger Aufzählung mag aber immerhin in „fere“ liegen.

Auch die scharfsinnige Bemerkung Dernburg's (Ste. 176), dass in der Ulpianischen Stelle der Nachdruck auf „nobis“ liege und demnach Ulpian bloss das jus civile Romanorum habe vortragen wollen („Uns Römern eigenthümliche Erwerbs-

arten sind bloss die folgenden"), die naturalen Erwerbsarten aber — mit Ausnahme der traditio, deren nur zur Klarstellung des Unterschieds zwischen mancipi und nec mancipi res Erwähnung geschah — übergangen habe, entweder weil es im Plane seines Werks lag, nur römisches Recht vorzutragen oder weil er sich auf die naturalis ratio seiner Leser verliess, vermag uns nicht zu überzeugen, wenn wir bedenken, wie durch solche Redewendungen auch in modernen Lehrbüchern nicht gerade das nationale Element im Rechtsleben betont werden soll, sondern diese meist nur zur lebendigeren Darstellung in einer dem Lehrton ähnlichen Weise dienen (vgl. Scheurl Ste. 29, der Ulp. §. 4 eod. tit. gegen Dernburg anführt).

Was zunächst die varronianische Stelle anlangt, so will dieser Schriftsteller nur angeben, wonach der Sklavenkäufer zu beurtheilen habe, ob er wirklich von einem dominus kaufe; hierbei hätte er nur zwei acquisitiones naturales als möglich nennen können, die Geburt von einer Sklavin und die bellica occupatio. Der partus ancillae nun mochte dem Nichtjuristen, der weniger auf die juristische Vollständigkeit seiner Darstellung als auf die Hervorhebung des thatsächlich Relevanten sah, als so allgemein bekannt, als so sehr in der naturalis ratio begründet erscheinen, dass er sie einer besonderen Erwähnung nicht würdigte. Was die bellica occupatio betrifft, so war diese in ihrer privaten Bedeutung, abgesehen von den immerhin nur einen Ausnahmecharakter an sich tragenden Plünderungslicenzen, zur Zeit Varro's so eingeengt, dass sie für einen schriftstellernden Laien, der die Dinge nicht nach der juristischen Möglichkeit ihres Vorkommens, sondern hinsichtlich ihrer praktischen Häufigkeit in Betracht zieht, bedeutungslos war (vgl. Unterholzner im Rhein. Mus. Bd. I. Ste. 136 flg., der nur den partus ancillae als von Varro ausgelassen annimmt, was Puchta in der öfters citirten Recension in den Erlang. jurist. Jahrb. mit Recht tadelt). Die Annahme Leist's

a. a. O. Ste. 250, Dernburg's Beiträge Ste. 176, dass Varro als Nichtjurist unter emptio die translativen Titel überhaupt verstehe, enthebt uns der Schwierigkeit nicht, da ja der Erwerb des auctor nach seiner rechtlichen Wirksamkeit hin einer Prüfung unterworfen wird und hierbei immerhin die beiden obenbehandelten naturalen Erwerbsarten als für den Veräussernden möglich zu unterstellen sind.

Gegen das von den Gegnern aus Ulpian a. a. O. entnommene Argument führt Unterholzner im Rhein. Mus. Bd. I. Ste. 136 den Zweck der Schrift, lediglich die positiv-römisch-rechtlichen Grundsätze darzustellen, an, wobei er das jus naturale nur selten berücksichtige und mit der traditio nur wegen ihrer streng positiven Beschränkung auf nec mancipi res eine Ausnahme mache. Doch mag die Erwähnung der traditio überhaupt die Unterholzner'sche Auslegung etwas gefährden (vgl. auch Dernburg Ste. 176, der ähnliche Anschauungen über die Aufgabe, die sich Ulpian im erwähnten Werke gestellt hat, hat, sich jedoch darauf nur eventualiter stützt). Zutreffend dagegen ist die Ausführung Leist's: Bon. Poss. I. Ste. 250—51, der die sämmtlichen von Ulpian aufgeführten Erwerbsarten als derivative mit der Kraft, civiles Eigenthum zu bewirken, charakterisirt, wie ja auch Ulpian im angeführten Titel öfters ausdrücklich von alienationes (§§ 3, 7, 9) redet; den Gegensatz bilden die originären Erwerbsarten mit gleichfalls civiler Wirkung. Damit stimmt auch der von mehreren Schriftstellern, wie oben erwähnt, betonte Charakter des Ulpianischen Werks, nur positiv-römisches Recht darzustellen, überein, da ja die originären Erwerbsarten sämmtlich juris gentium sind.

Mag es mit den Auslegungsversuchen der beiden angeführten Stellen nun immerhin stehen wie es wolle, am meisten spricht aber gegen eine Interpretation im gegnerischen Sinne die unbestritten feststehende civile Wirksamkeit der traditio und accessio und die von einer sehr grossen Zahl von Juristen

verfochtene Ansicht, dass auch der bonae fidei possessor an den Früchten volles quiritarisches Eigenthum erwerbe. Zur Entkräftung des fast erdrückenden Gewichts dieser Thatsachen sind manche Anstrengungen gemacht worden. Hervorzuheben ist der Versuch Mayer's in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. VIII. Ste. 67 flg., aus fr. 62 pr. D: de usufr. (VII. 1) einen Beleg für den von ihm behaupteten civil-naturalen Charakter der traditio — je nach der Verschiedenheit des Traditionsobjectes — zu gewinnen.

Das angeführte Fragment Tryphonins lautet:

> Usufructuarium venari in saltibus vel montibus possessionis probe dicitur: nec aprum aut cervum quem ceperit proprium domini capit: sed fructus aut jure civili aut jure gentium suos facit.

Mayer interpretirt folgendermassen: „Man nimmt mit Recht an, dass der Usufructuar in den Waldungen der seiner Nutzniessung unterstellten Grundstücke zu jagen befugt ist; doch ist die Construction des Eigenthumserwerbs am Wilde schwierig, da der Usufructuar nur in Folge der Gestattung des den Niessbrauch Bestellenden erwirbt, in unserem Falle aber das Wild noch nicht demselben eigenthümlich angehört hat. Tryphonin löst diese Schwierigkeit damit, dass er den Usufructuar überhaupt bald jure civili, bald jure naturali Eigenthum erwerben lässt. Die regelmässige Erwerbsart ist die traditio, die jenachdem die fructus res mancipi oder nec mancipi sind, bald nach jus naturale bald nach jus civile Eigenthum verleiht; doch er erwirbt nicht nur durch traditio, sondern überhaupt bald nach jus civile, bald nach jus gentium, mithin auch durch occupatio, insofern man den Ertrag der Jagd juristisch als fructus behandelt. Die Schlussworte müssen demnach so erklärt werden, dass sie auf die traditio passen, aber auch eine andere Erwerbsart noch umfassen können.“

Diese Stelle soll Mayer Beweis dafür liefern, dass der Usufructuar das Eigenthum an den Früchten in der Regel durch traditio bekomme, die traditio je nach der Verschiedenheit des Objectes bald dem jus civile, bald nur dem jus gentium angehöre und, da die traditio einer res mancipi nur das in bonis bewirke, Tryphonin diese Wirkung aber mit den Worten „ex jure gentium suos facit“ bezeichne, dass wegen der Identität von in bonis und dominium ex jure gentium die naturalen Erwerbsarten auch nur das in bonis zur Wirkung hätten.

Diesem Auslegungsversuche Mayer's tritt Scheurl Ste. 2 flg. entgegen; die Schwierigkeit der Stelle erkennt auch er, wie Mayer, in der Nothwendigkeit, hier einen Erwerb kraft des ususfructus annehmen zu müssen, ohne dass eine Ableitung vom Rechte des dominus möglich sei; diese Schwierigkeit werde aber vom Juristen dadurch gelöst, dass er den Usufructuar nicht allein in Folge der fructuum perceptio, welche ihm kraft des ususfructus selbst und demgemäss vermöge der rein civilrechtlichen Natur dieses Instituts jure civili zustehe, sondern auch auf jede solche Art Eigenthum erwerben lässt, auf welche bei irgend einer Gelegenheit ein Detentor ex jure gentium Eigenthum erwirbt. Daher bedeute dem Tryphonin „jure civili fructus suos facere“ nicht den Eigenthumserwerb ex jure Quiritium, sondern „aus dem jus civile das Recht der Besitzergreifung der Früchte in Anspruch nehmen;“ „jure gentium fructus suos facere“ bedeute dann, dass die im Gefolge der Jagdausübung stattfindende Erbeutung des Wildes eine aus dem jus gentium herzuleitende Befugniss sei.

Brinz: Pandekten 2. Auflage: I. Ste 566 (besonders Note 32) adoptirt die Mommsen'sche Lesart:

„aut fructus jure aut gentium suos facit“

und benutzt das Fragment gegen die Theorie Wächter's (Das Jagdrecht und die Jagdvergehen in der Sammlung der

Abhandlungen der Leipziger Juristenfacultät: Bd. I. Heft 6), welcher aus Pauli receptae sententiae: III., 6 § 22, fr. 9 § 5 D: de usufr.: 7, 1 schon nach römischer Auffassung ein ausschliessliches Anrecht des Grundeigenthümers auf den innerhalb seines Grundstücks sich ergebenden Jagdnutzen deduciren will. Zur Unterstützung des gemeinen Lehre, dass das römische Recht keine weitere Jagdbeschränkung als das Prohibitionsrecht des Grundeigenthümers kenne, führt Brinz fr. 26 D: usur, 22, 1 an, woraus sich ergebe, dass als Frucht des Grundstücks nur der Jagdnutzen eines solchen Grundstücks zu betrachten sei, das vorzüglich in Folge des waidmännischen Betriebs eine ständige Rente abwirft. Danach soll der Jagdnutzen nicht schlechthin und unmittelbar, sondern vermittelst der zum ständigen Jagdbetrieb gehörigen Geräthschaften ein fructus fundi sein, eine Rente aus der Besitzung nur insofern, als jenes Mobiliar eine Pertinenz der Besitzung bildet. Von diesem Gesichtspunkte aus betrachtet Brinz das fr. 62 pr. cit. und postulirt das doppelte Erwerbsrecht des Usufructuars folgendermassen: 1) kraft des jus fructus — Erjagung vermittelst eines zum fundus gehörigen Jagdzeugs —; 2) kraft des jus gentium — nach gemeinem Jagrecht, insofern er als Usufructuar, cui eo fundo uti licet, ungehindert vom Proprietar auf die Jagd gehen darf. —

Wir verharren für den vorliegenden Zweck bei der gewöhnlichen Lesart und können in der darauf beruhenden Mayer'schen Annahme eines doppelten Gegensatzes, der mit „aut jure civili aut jure gentium“ bezeichnet werde, des Gegensatzes innerhalb der Tradition und des Gegensatzes der Erwerbsarten überhaupt, nur einen Irrthum finden; für den ersteren Gegensatz bietet die Stelle keinen Anhalt, indem ihr Zweck nur der ist, den vorliegenden Fall der occupatio als irregulären Ausfluss des ususfructus erscheinen zu lassen und ihm somit den sonst aus dem ususfructus entnommenen civilen Charakter

zu versagen. Demnach möchte ich die Stelle in folgender Weise auslegen. Der eigentliche Begriff der Frucht als eines organischen Sachproductes ist nur in den Fällen vorhanden, wo vor Perception von Seiten des Usufructuars bereits Eigenthum des dominus der zum Niessbrauch bestellten Sache besteht; insoweit ist auch der Erwerb, als streng und unmittelbar auf dem civilen usufructus beruhend, ein civiler. Die juristische Theorie hat jedoch den Begriff des fructus über diese enge Grenze hinaus erweitert — so auch im vorliegenden Occupationsfalle — vermochte jedoch nicht dieser Erweiterung, der das Kriterium vorherigen Eigenthums des dominus mangelte, den civilen Charakter zu verleihen.

Dass die Accession eine natural-civile Erwerbsart sei, findet Mayer ausgesprochen in fr. 2 D: de superfic. (43, 18):

> Gajus: Superficiarias aedes appellamus, quae in conducto solo positae sint, quarum proprietas et civili et naturali jure ejus est, cujus et solum.

Dass die Accession aber ihren Ursprung aus diesen beiden Rechtsgebieten ableite, ist schon aus allgemeinen Gründen unzulässig (arg. fr. 6 D: de justit. et jure [I., 1]) wegen der Unvereinbarkeit beider Gegensätze. Die Accession, unstreitig ihrem Ursprunge nach juris gentium, musste, um gleichzeitig ein Institut des jus civile zu sein, etwas specifisch Nationalrechtliches in sich aufgenommen haben, was entschieden nicht der Fall ist.

Scheurl Ste. 46 will in den Worten „civili jure“ lediglich die Anerkennung der civilen Wirkung der Accession finden und folgert aus der Erwähnung dieses Effects, dass hier bewusst der Gegensatz zu den übrigen naturalen Erwerbsarten angedeutet werde.

Die Ausdrucksweise des Fragmentes rechtfertigt sich wohl, wenn man bedenkt, wie gerade diese Accession im eminenten Sinne natural, d. h. im allgemeinen Rechtsbewusstsein

so fest begründet ist, dass selbst das exclusivste Nationalrecht sich ihrer vollen Anerkennung in keinem Zeitpunkte erwehren kann; kann nun eine solche Erwerbsart wegen ihrer unveränderten Herübernahme aus dem jus gentium immerhin nur als ein Institut dieses betrachtet werden, so ist doch die Verknüpfung mit dem Civilrechte von dessen erstem Beginne an so enge, dass sie in einer von der technischen Bedeutung abweichenden Weise (jure civili — kraft steter Anerkennung durch das Civilrecht) vom Juristen so bezeichnet werden konnte.

In dem Streben, die unbequeme Accession, welche in ihrer anerkannten civilen Wirksamkeit die Beweiskraft von Varro und Ulpian stört, aus dem Wege zu räumen, leugnet Scheurl Ste. 30 flg., dass diese überhaupt eine wirkliche Erwerbsart sei; in den Accessionsfällen wachse die res principalis vielmehr als dass eine neue Sache erworben werde, indem der individuelle Charakter der res accessoria aufgehoben werde und diese nur mehr als ein Theil der res principalis erscheine; wenn man hier von einem Eigenthumserwerb spreche, so geschehe dies nur, um darzuthun, dass der Vindication der tota res die Gefahren der plus petitio nicht entgegenstehen (arg.: fr. 32 § 2 D: de rei vind: „vere statuam suam dicturum"; fr. 14 D: de aur. argent. leg.: „Omnimodo statua a legatario vindicari potest"; fr. 26 § 1 D: de acquir rer. dom.: „Tota ejus sunt, cujus ante fuerunt").

Was zunächst die von Scheurl angeführten Quellenstellen betrifft, so beweisen sie nur die Art und Weise, auf welche sich in Folge der thatsächlichen Verhältnisse die Reaction gegen Nichtanerkennung einer solchen Rechtserweiterung äussert; mit der Vindication der tota res tritt der fertige Erwerb uns entgegen, ohne dass dem diese Totalität bewirkenden Rechtsgrunde der Charakter einer Eigenthumserwerbsart in den citirten Stellen entzogen wird.

Von einem ähnlichen Gedanken wie Scheurl geht auch Puchta (Cursus der Institutionen: II. Ste. 590) aus, der in Folge des völligen Verlustes der Individualität bei der res accessoria im Eigenthumsprocesse den Beweis nur auf die Erwerbung der res prinzipalis gerichtet wissen will, an deren rechtlichem Schicksale dann jene erstere Theil nehme. Trotz dieses Betonens des völligen Aufgehens der accedirenden in der Hauptsache lässt sich aber nicht verkennen, dass ein vom jus civile anerkannter Grund vorhanden sein muss, der die res accessoria in diese dienende Stellung bringt und ein hierauf gerichteter Beweis behauptet immerhin eine gewisse Selbständigkeit, da nur er die Erstreckung der Vindikation auf die res accessoria rechtfertigt (vgl. auch Leist: Bon. Poss. I. Ste. 247).

Der Eigenthumserwerb des bonae fidei possessor an den Früchten ist trotz der entgegenstehenden, nur bonae fidei possessio an den Früchten annehmenden Savigny-Windscheid'schen Theorie als von der communis opinio verfochten anzusehen; in jüngster Zeit hat Brinz: Festgabe zum Doctorjubiläum von Arndts Ste. 102 flg. und Pandekten: 2. Aufl. I. § 143 Ste. 535 flg. das bisher am Fruchteigenthume genommene Aergerniss durch die Auffassung des bonae fidei possessor als eines „Bonitariers", analog (wenn auch schwächer ausgestattet) dem vorjustinianischen sog. bonitarischen Eigenthümer zu entfernen gesucht; aus dieser Erhebung des Instituts aus der factischen Rolle, in die es selbst von den günstigst gesinnten Theoretikern versetzt wurde, in die Höhe „eines Rechtes von der Art des Eigenthums" erklärt er auch die Thatsache, dass ein bonae fidei possessor in Bezug auf den Fruchtanfall noch als solcher behandelt wird trotz mala fides superveniens; das dem Fruchterwerbe „scheinbar" eine bloss factische Rolle anweisende fr. 48 § 1 D: de acquir. rer. dom. (vgl. auch die Ausführungen über fr. 40 eod.), das die ganze Theorie zu erschüttern ge-

eignet wäre, interpretirt Brinz von dem prozessualischen Standpunkte der Restitutionsverbindlichkeit aus. Können wir den mit blendendem Scharfsinn verfochtenen Ausführungen dieses Juristen auch keine überzeugende Kraft beimessen, die Annahme vollen Eigenthums an den Früchten begrüssen wir gerne.

Von Ballhorn-Rosen: Ueber dominium Ste. 119 flg. wurde auch der Usucapionstitel pro derelicto in die Reihe der gegnerischen Argumente eingeführt. Nach diesem Schriftsteller war der Zweck der usucapio pro derelicto, die Wirkung der derelictio mancipi rerum im vorjustinianischen Rechte zu vervollständigen. Zum Beweise dessen führt er an fr. 1 D: pro derel. (41, 7):

> Si res pro derelicto habita sit, statim nostra esse desinit et occupantis statim fit, quia iisdem modis res desinunt esse nostrae, quibus acquiruntur.

Seine Argumentation ist folgende. Weil mancipi res nicht durch Occupation schon in's Eigenthum gebracht werden können, so können sie auch nicht durch eine der Occupation entsprechende natürliche Veräusserungsart, d. h. Dereliction für den bisherigen Eigenthümer verloren gehen. In consequenter Weiterführung dieses Gedankens müsste Ballhorn-Rosen aber auch bei den nec mancipi res die Dereliction für nicht vollwirksam erklären, indem er auch bei ihnen zur Steigerung der Occupationswirkungen usucapio — und zwar den Titel pro suo — verlangt (vgl. Ste. 126). Nach unserer Ansicht bildet das citirte Fragment gerade im Gegentheil einen Unterstützungspunkt für die diesseitige Auffassung, dass schon durch blosse Occupation an einer res derelicta Eigenthum erworben wird (Schilling a. a. O. Ste. 66).

Ein kaum zu rechtfertigendes Missverständniss des fr. 6 D: h. t.:

Julianus: Nemo potest pro derelicto usucapere, qui falso existimaverit rem pro derelicto habitam esse.

aus dem er folgert, dass nur das wirklich Derelinquirte Gegenstand dieses Usucapionstitel sein soll, bringt Ballhorn-Rosen zu der Annahme, dass nach dem Verschwinden der mancipi res dieser Titel seine Bedeutung verloren habe und für das justinianische Recht gegenstandslos geworden sei.

Die Unrichtigkeit dieser letzteren Folgerung ist allgemein anerkannt. Der Usucapionstitel pro derelicto setzt zwar eine wahrhafte Dereliction voraus, aber eine solche eines non dominus. Voraussetzung auf Seiten des Occupanten ist das Bewusstsein einer stattgehabten Dereliction, wenn auch ohne Kenntniss der Person des Derelinquenten (Unterholzner Verjährungslehre: Bd. I. Ste. 395—396; Brinz: Pandekten I. Ste. 619).

Aus fr. 5. pr. h. t., das Mayer: Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. VIII. Ste. 49 flg. nur durch ein Versehen der Redactoren in die Digesten aufgenommen wissen will, folgert dieser für das vorjustinianische Recht, dass unser Usucapionstitel nur zur Steigerung der unvollkommenen Occupationswirkungen (in bonis) gedient habe.

Das genannte Fragment lautet: Pomponius libro 32 ad Sabinum:

Si id, quod pro derelicto habitum possidebas ego sciens in ea causa esse, abs te emerim, me usucapturum constat; nec obstare, quod in bonis tuis non fuerit; nam et si tibi rem ab uxore donatam sciens emero, quia quasi volente et concedente domino id faceres, idem juris est.

Mayer gibt der Stelle folgende Auslegung: „Der wahre Eigenthümer derelinquirt seine Sache; ein anderer besitzt dieselbe, ohne die Dereliction zu kennen und kann daher wegen mangelnden Bewusstseins der Dereliction, wenn er auch Eigenthümer sein wollte, (arg. fr. 2 pr. h. t) das Eigenthum nicht

erwerben; ein Dritter hingegen weiss um die Dereliction und zugleich auch davon, dass der Besitzer nicht Eigenthum erworben habe und kauft die Sache vom Besitzer. Von diesem sagt Pomponius „usucapturum constat", damit kann Pomponius nicht sagen wollen, der Käufer erwerbe überhaupt Eigenthum durch usucapio pro emptore; dazu fehlte ihm die bona fides, da er wusste, dass er vom Nichteigenthümer kaufte; er bedurfte aber auch dieses Titels nicht, indem er das in bonis an der Sache durch Occupation erworben habe; denn der wahre Eigenthümer hatte sein Eigenthum durch Dereliction aufgegeben, der Käufer kannte diese Dereliction und kaufte, um Eigenthum auf dem Occupationswege zu erwerben, vom Zwischenbesitzer, dessen Zwischenbesitz nichts schadet. Die Worte „quod in bonis tuis non fuerit" sind demnach in technischer Bedeutung zu nehmen („für die usucapio pro derelicto des Käufers bildet der Umstand kein Hinderniss, dass du nicht bonitarisch Berechtigter der Sache warst.")

Gegen diese Auffassung der Stelle sind zu vergleichen die Bedenken Scheurl's Ste. 54 fl., Bluntschli's Ste. 317.

Zunächst spricht schon gegen die angedeutete Interpretation das Missliche, hier eine so grobe Achtlosigkeit der Compilatoren annehmen zu müssen; dann steht entscheidend entgegen die im Abschlusse des Kaufgeschäftes deutlich kundgegebene Absicht, qua emptor die Sache erwerben zu wollen; diese Absicht kann selbst durch die scienta in ea causa esse juristisch in den animus occupandi nicht umgewandelt werden; die im Vertragswege kundgegebene Absicht ist stärker als das nur für den Usucapionsbesitz die bona fides abgebende Bewusstsein von der Herrenlosigkeit der Sache. Dann wäre auch noch die Frage zu erwägen, ob der vom Käufer im Abschlusse des Kaufgeschäftes anerkannte Zwischenbesitz des Verkäufers so ganz indifferent ist, dass man trotz der Form der traditio noch von einem animus occupandi zu sprechen vermag.

Leist Bon. Poss.: I. Ste. 274 glaubt in dieser Stelle einen — allerdings von den Compilatoren in der justinianischen Bedeutung dieses Usucapionstitels aufgenommenen — Beleg für seine Ansicht von der derivativen Natur der derelictio und folglich für die Nothwendigkeit der usucapio pro derelicto für den Occupanten von res mancipi derelictae gefunden zu haben. Die Leist'sche Auffassung steht in unlösbarem Zusammenhange mit seiner Annahme der späten Anerkennung der traditio, des erst dadurch möglich gewordenen jactus missilium, der juristischen Gleichheit dieses jactus missilium mit der nun analog ausgebildeten derelictio und der das ganze ältere Recht beherrschenden Derelictionstheorie der Proculianer, wie diese in fr. 2 pr. und § 1 D: pro derel. ausgesprochen wurde (vgl. Leist a. a. O. Ste. 253—275). Seine Interpretation des Fragmentes ist demnach folgende: „Es besitzt Jemand eine derelinquirte Sache („possidebas") ohne „pro derelicto haberi putare", wie fr. 4 h. t. sich ausdrückt. Ein anderer weiss, dass die Sache „pro derelicto habita" sei, („ego sciens in ea causa esse"). Aus diesem Nichtwissen leitet Pomponius die Folge ab, dass die Sache nicht in bonis des blossen possessor sei, woraus von selbst folgt, dass der sciens in ea causa esse, der Käufer, sie in bonis hat und folglich usucapiren kann, der zweite Fall: „nam si tibi rem" . . . . . ist völlig analog. Also ist diese Stelle, da trotz der vom dominus vorgenommenen derelictio auf Seiten des Besitzergreifenden nur das in bonis entstehen konnte, ein Beweis dafür, dass Pomponius von res mancipi hier gesprochen haben wird, was entweder aus dem Zusammenhange oder einer ausdrücklich von den Compilatoren gestrichenen Bemerkung des Juristen hervorgegangen sein wird."

Dieser Auslegung des Fragments steht zunächst entgegen, dass auch Leist die Unachtsamkeit der Compilatoren zu Hülfe nehmen muss, da ja auch er die Worte „in bonis" in tech-

nischer Bedeutung verstanden wissen will, ein Hülfsmittel von sehr problematischer Bedeutung; entscheidend aber ist, dass für die Beschränkung des Fragments auf mancipi res aus diesem selbst auch nicht der geringste Anhalt zu entnehmen ist.

Der Theorie Leist's von der derivativen Natur der derelictio mag überhaupt Folgendes entgegenstehen: Die von Leist nicht aufgeklärte und wohl auch nie aufzuklärende Unbestimmtheit über die Zeit der Anerkennung der traditio, die Ungleichheit des jactus missilium mit der derelictio, die eine analoge Ausbildung der letzteren nach dem Vorbilde jenes nicht zulässt, indem bei ersterem vollständig der Uebertragungswille hervortritt und nur persona certa fehlt, bei letzterer dagegen die Absicht, dass ein anderer einen Erwerb mache, neben dem prinzipalen Momente, die Sache los sein zu wollen, völlig gleichgültig ist; der Gegensatz der beiden Juristenschulen über die Natur der derelictio, wie er aus fr. 43 § 5 D: de furtis vgl. mit dem bereits citirten fr. 2 pr. und § 1 D: pro derel. hervorgeht, scheint mir von nur doctrineller Bedeutung gewesen zu sein.

Auslegungen unseres Fragmentes im Sinne des justinianischen Rechts haben gegeben: Unterholzner: Verjährungslehre, Bd. I. § 117 Ste. 416 und im Rhein. Mus. Bd. V. Ste. 9; Zimmern ebendaselbst Bd. III. Ste. 357 flg.; Bluntschli in Sell's Jahrbüchern: I. Ste. 316 flg.; Scheurl a. a. O. Ste. 53 flg.

Der Gedanke Scheurl's, dass Pomponius hier durch die besonders gestalteten concreten Verhältnisse die an sich vorliegende Furtivität habe ausschliessen wollen, scheint mir der einzig begründete und ist der Gedankengang der Stelle demnach folgender: Durch die mala fides der Verkäufers, der von der stattgehabten derelictio keine Ahnung hat, wird an und für sich die Sache eine furtiva (arg.: Gajus II. § 50);

dieses Usucapionshinderniss wird aber durch zwei Momente gehoben, ein subjectives — die auf die Kenntniss von der stattgehabten Dereliction gegründete bona fides des Käufers — und ein objectives — Mangel der Person, cui furtum fiat; — andererseits aber liegt trotz der objectiv vorhandenen Herrenlosigkeit als Erwerbstitel der Kauf a non domino vor, der die usucapio pro emptore nöthig macht. Das gleiche gilt im zweiten Falle: Da nach bekannten civilrechtlichen Grundsätzen der beschenkte Ehegatte nicht Eigenthümer werden kann, so bewirkt der im Bewusstsein dieser seiner Erwerbsunfähigkeit (mala fide) vorgenommene Verkauf der Sache eigentlich Furtivität; auch hier wird diese gehoben durch die auf die Kenntniss der stattgehabten Schenkung gegründete bona fides des Käufers und den Mangel einer Person, cui furtum fiat, da in der Schenkung doch implicite — trotz der Erwerbsunfähigkeit des Beschenkten — der animus derelinquendi enthalten ist (vgl. auch fr. 43 § 5 D: de furtis (47, 2): Quod si dominus id dereliquit, furtum non fit ejus, etiamsi ego furandi animum habuero; nec enim furtum fit, nisi sit cui fiat). „Possidebas" im Fragmente ist mit „pro derelicto habitum" nicht in unmittelbare Verbindung zu bringen, zu ersterem aber vielleicht „pro possessore" hinzuzudenken; die technische Bedeutung von „pro derelicto habitum" in den Quellen zur Bezeichnung des animus des derelinquirenden Eigenthümers im Gegensatze von „derelictum", worin der physische Veräusserungsact ohne besondere Beziehung auf dessen rechtliche Wirksamkeit hervortritt, mag auch der Ansicht Unterholzner's und Bluntschli's entgegenstehen, dass die Dereliction vom Nichteigenthümer ausgegangen sei (arg. fr. 43 § 10 D: de furtis).

Hugo (Ste. 221) und Ballhorn-Rosen (Ste. 119 flg.) haben auch die usucapio pro suo, die sie mit der possessio pro suo in allen Stücken identificiren, als Argument für ihre

Ansicht angeführt. Ballhorn-Rosen betont die völlige Ueberflüssigkeit und Bedeutungslosigkeit dieses Usucapionstitels ohne die Annahme, dass seine Bedeutung in der Heilung der civilrechtlichen Mangelhaftigkeit der natural-originären Erwerbsarten liege, Hugo will wenigstens vorzugsweise das „pro suo“ auf solche causae bezogen wissen, welche römisches Eigenthum nicht geben.

Gegen dieses Argument spricht die Unzulässigkeit der Vermischung der usucapio pro suo und der possessio pro suo (Unterholzner: Verjährungslehre § 101 Ste. 352 flg.; Dernburg Ste. 179; Schilling Ste. 67 flg., Ste. 74); der Unterschied beider tritt hervor in den Fragmenten, die auf naturale Erwerbsarten Bezug haben (fr. 3 § 21 D: de acquir. vel amitt. poss. [41, 2], fr. 2 D: pro suo [41, 10]), am deutlichsten aus fr. 3 § 4 D: de acquir. vel amitt. poss. verb: Eum, qui usucepit, et pro emptore et pro suo possidere“; die vollendete Usucapion gibt gewissermassen einen neuen Besitztitel — pro suo — ab, so dass man diesen auch mit „pro usucapto possidere“ bezeichnen könnte.

Die possessio pro suo als der auf einem rechtlich gültigen Eigenthumstitel beruhende Besitz im Gegensatze zu der eines solchen Titels entbehrenden possessio pro possessore ist begrifflich bestimmt in fr. 1 D: pro suo (41, 10):

> Pro suo possessio talis est, cum dominium nobis acquiri putamus et ex ea causa possidemus, ex qua acquiritur et praeterea pro suo; utputa ex causa emptionis et pro emptore et pro suo possideo, item donata vel legata vel pro donato vel pro legato, etiam pro suo possideo. Sed si mihi res ex justa causa, puta emptionis, tradita sit et usucapiam, incipiam quidem et ante usucapionem pro meo possidere, sed an desinam ex causa emptionis post

usucapionem? dubitatur et Mauricianus dicitur existimasse non desinere.

Die Begriffsbestimmung der die völlig entgegengesetzten Merkmale enthaltenden possessio pro possessore findet sich in fr. 13 § 1 D: de her. pet. (5, 3).

Zur Identificirung der usucapio und possessio pro suo hat Hugo zumeist veranlasst fr. 2 D: pro suo:

Est species possessionis, quae vocatur pro suo. Hoc enim modo possidemus omnia quae terra, mari, coelo capimus aut quae alluvione fluminum nostra fiunt. Item quae ex rebus alieno nomine possessis nata possidemus, similiter fructus rei emptae aut donatae aut quae in hereditate inventa est.

Der Grund für die allerdings nicht passende Einstellung dieses Fragments, das keine Beziehung zur Usucapion hat, in den Usucapionstitel pro suo liegt in der durch „pro suo“ bewirkten äusseren Gleichförmigkeit von possessio und usucapio pro suo; überdies bietet auch der Digestentitel pro derelicto (41, 7) mehrere Fälle unpassender Einschiebungen, in denen von usucapio keine Rede sein kann. arg. fr. 2 D: h. t.: Pro derelicto rem a domino habitam si sciamus possumus acquirere; fr. 5 § 1 eod.

Die Bedeutung des Usucapionstitels pro suo (welchen ausführlich behandelt Fitting im Arch. f. civilist. Praxis: Bd. 52) liegt in dem Bedürfnisse, für solche Fälle, in denen ein spezieller Usucapionstitel mit technischer Bezeichnung wegen Modification eines Erfordernisses nicht recht passt, (fr. 42 D: h. t.; fr. 1 § 2 D: pro dote [41 9]: fr. 7 D: de jure dot. [23, 3]) oder in denen es überhaupt an einem mit festem Kunstausdrucke versehenen Titel fehlt, einen Aushülfstitel von universeller Bedeutung zu haben (fr. 4 § 1 D: h. t.); da-

zu gehören natürlich auch naturale Erwerbsarten (fr. 4 pr. eod).

Puchta: Institutionen Ste. 185 und Scheurl Ste. 45 schliessen aus § 77 Fragm. Vatic:

> Ususfructus civili actione constitui potest, non traditione, quae juris gentium est.

auf ein Grundprinzip des römischen Rechts, dass alle dem jus civile eigenen Rechtsinstitute nur durch civile Formen constituirt werden konnten; die demnach irreguläre Stellung der traditio bei nec mancipi res findet Puchta begreiflich in Folge der Tendenz der späteren republikanischen Zeit, zur Entlastung des Prätor einen privaten Veräusserungsact für die der Mancipation unfähigen Sachen zu gewinnen. — Das Fragment darf wegen der rein civilen Natur des ususfructus eine erweiternde Auslegung auf das dominium nicht erfahren.

Wenn Puchta Erlang. jurist. Jahrb. IV. Ste. 136 das Eigenthum der Peregrinen und die Erwerbsarten des jus gentium als die Ecksteine betrachtet, durch welche man sich die Lehre vom bonitarischen Eigenthume selbst klar zu machen sucht (vgl. auch Scheurl Ste. 55), so steht dem entgegen, dass auch ohne diese Annahme in der für das klassische Recht bedeutenden Zahl der Entstehungsgründe des in bonis die Wichtigkeit dieses Instituts, in welchem die Natur der prätorischen Rechtsbildung vorzugsweise ihren Ausdruck fand, sich erkennen lässt.

Soviel für unsere auf das klassische Recht beschränkte Aufgabe. Je mehr der kosmopolitische Charakter der späteren kaiserlichen Zeit auch das Civilrecht verflachte, je mehr kaiserliche Constitutionen die civilrechtlichen Eigenthümlichkeiten des jus Romanorum aufhoben, desto gleichgültiger musste auch die Frage nach dem Ursprunge einer Erwerbsart werden; den Schlussstein dieser Entwicklung bilden zwei justinianische

Constitutionen (const. un. § 4 Cod. de usucap. transform. [7, 31] und const. un. de nudo jure Quir. toll. [7, 25]), welche die Eintheilung der Sachen in mancipi und nec mancipi res und das nudum jus Quiritium aufheben; jeder Eigenthumserwerb ist nun unstreitig der Wirkung nach bürgerlich. Was die Form dagegen anbelangt, so hat weder das jus civile noch das jus gentium den Sieg davongetragen; die gegentheilige Behauptung verwechselt Form und Wirkung.